Tribunal administratif
du Grand-Duché de Luxembourg
2e chambre

N° 31518 du rôle
Inscrit le 8 octobre 2012

Audience publique du 21 novembre 2013

Recours formé par
la société anonyme B&D Finance S.A. s.àr.l., Luxembourg
contre une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôts

JUGEMENT

Vu la requête, inscrite sous le numéro 31518 du rôle, déposée le 8 octobre 2012 au greffe du tribunal administratif par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme B&D Finance S.A., établie et ayant son siège social à L-1661 Luxembourg, 9-11, Grand-Rue, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 116876, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, tendant à la réformation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 6 juillet 2012, répertoriée sous le numéro C 17028 du rôle, ayant déclaré partiellement irrecevable et ayant pour le surplus rejeté comme non fondée une réclamation introduite le 22 septembre 2011 contre le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2009, le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2009, le bulletin de l'établissement de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010, tous émis en date du 22 juin 2011 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 8 janvier 2013 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 8 février 2013 par Maître Patrick Kinsch au nom de la société la société anonyme B&D Finance S.A. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision entreprise ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Patrick Kinsch, et Madame le délégué du gouvernement Caroline Peffer en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 4 novembre 2013.

Dans sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial de l'année 2009, signée le 4 août 2010 et déposée à l'administration des Contributions directes le 9 août 2010, la société anonyme B&D Finance S.A., désignée ci-après par « la société B&D Finance », déclara, concernant sa participation dans la

société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, une « *plus-value sur options* » d'un montant de 1.918.165 euros, en précisant sous la rubrique « *Observations* » : « *Plus-value selon ruling* ».

Par courrier du 13 mai 2011, le bureau d'imposition sociétés 2 de l'administration des Contributions directes, « désigné ci-après par « le bureau d'imposition », transmit à la société B&D Finance un projet d'imposition de l'année 2009, lui refusant une exonération, au sens de l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1997 concernant l'impôt sur le revenu, désignée ci-après par la « LIR », de la plus-value du montant de 1.918.165 euros, au motif que les titres cédés n'auraient pas constitués une participation directe dans le capital social de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA.

Par courrier de son mandataire de l'époque du 31 mai 2011, la société B&D Finance prit position quant au projet d'imposition dressé par le bureau d'imposition. Elle affirma ainsi que la plus-value n'aurait pas été réalisée dans le cadre de transactions réalisées sur des options mais dans le cadre de transactions réalisées sur des actions détenues dans le capital de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, du fait de l'exercice d'options, de sorte que la plus-value devrait être exonérée.

Le 21 septembre 2011, la société B&D Finance transmit une déclaration rectificative pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial de l'année 2009 au bureau d'imposition en y qualifiant la plus-value réalisée dans le cadre des transactions sur titres détenus dans le capital de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA de « *plus-values sur ventes exonérées* » et en précisant sous la rubrique « *Observations* » : « *Plus-value sur actions* (…) ».

Le 22 juin 2011, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société B&D Finance le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2009, le bulletin de l'impôt sur la fortune 2010, le bulletin d'établissement de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010 et le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2009. Le bureau d'imposition refusa d'exonérer la plus-value du montant de 1.918.165 euros réalisée par la société B&D Finance, au motif qu'il ressortirait des pièces lui soumises que ladite plus-value aurait été réalisée entre février et avril 2009 dans le cadre de l'acquisition, puis de la vente par la société B&D Finance de *put-options* sur des actions détenues dans la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA. Le bureau d'imposition arriva à la conclusion que « *les OPTIONS vendues par la s.a. B&D Finance « entre février et avril 2009 » ne s'assimilent PAS à des TITRES d'une PARTICIPATION DIRECTE, le contribuable continuant pas ailleurs à détenir ses actions dans la filiale en question* ».

Par courrier de son mandataire de l'époque du 22 septembre 2011, la société B&D Finance fit introduire une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par « le directeur », à l'encontre des bulletins de l'impôt précités, tous émis en date du 22 juin 2011, en affirmant que « *la plus-value n'a pas été réalisée sur des options, mais qu'il s'agit d'une plus-value sur les actions Generali réalisée après exercice des options* ».

Par décision du 6 juillet 2012, répertoriée sous le numéro C 17028 du rôle, le directeur a déclaré la réclamation irrecevable en ce qu'elle concerne le bulletin de l'impôt sur la fortune au 1er janvier 2010 et recevable mais non fondée en ce qu'elle concerne le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2009, le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2009, le bulletin de l'établissement de la valeur unitaire, tous émis en date du 22 juin 2011. Ladite décision est fondée sur les considérations et motifs suivants :

« *Vu la requête introduite le 22 septembre 2011 par Me Alain Steichen, au nom de la société anonyme B&D FINANCE, avec siège social à L-1661 Luxembourg, pour réclamer contre le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal de l'année 2009, ainsi que contre le bulletin de l'établissement séparé de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010 et le bulletin de l'impôt sur la fortune au 1er janvier 2010, tous émis le 22 juin 2011 ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les paragraphes 228 et 301 de la loi générale des impôts (A0) ;

Considérant que le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2009 est critiqué à l'aide de moyens qui visent le bulletin de la base d'assiette y afférente ; qu'en application du paragraphe 5 de la 2e GewStVV du 16 novembre 1943 et de la GewStR 13 (cf. paragraphe 7 GewStG.), le bulletin de la base d'assiette de l'impôt commercial communal se trouve affecté d'office pour le cas où il résulterait du recours sous analyse une variation du bénéfice d'exploitation soumis à l'impôt commercial communal ;

Considérant qu'en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il est loisible au directeur des contributions de joindre des affaires si elles lui paraissent suffisamment connexes (cf. Conseil d'État du 06.02.1996, n° 8925 du rôle) ; qu'en l'espèce, les réclamations ayant le même objet, il échet, dans l'intérêt d'une bonne administration de la loi, de les joindre pour y statuer ;

Considérant que la réclamante fait grief au bureau d'imposition de ne pas avoir exonéré une plus-value d'un montant de 1.918.165 euros en relation avec une participation italienne ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens des réclamants, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

qu'a cet égard le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

I.

Considérant qu'une imposition qui est assise en tout ou en partie sur des bases fixées par établissement séparé ne peut être attaquée pour le motif que ces bases d'imposition seraient inexactes (§ 232 alinéa 2 AO) ;

qu'une telle réclamation ne peut être formée que contre le bulletin portant établissement séparé, en l'espèce notamment de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010 ;

Considérant d'ailleurs que si un bulletin d'établissement a fait l'objet d'une réclamation, sa réformation entraînera d'office un redressement du bulletin d'impôt établi sur base dudit bulletin d'établissement (§ 218 alinéa 4 AO) ;

II.
Considérant que la réclamation contre le bulletin de l'établissement séparé de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010, ainsi que contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal de l'année 2009 ont été introduites par qui de droit dans les forme et délai de la loi ; qu'elles sont partant recevables ;

Considérant qu'en vertu de ses statuts, la réclamante a pour objet la prise de participations, sous quelques formes que ce soit, dans des sociétés luxembourgeoises et étrangères ;

Considérant que le bureau d'imposition, en établissant les bases d'imposition de l'année 2009, n'a pas exonéré une plus-value d'un montant de 1.918.165 euros se rapportant à une participation italienne ;

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal que la réclamante détient une participation dans une société de capitaux italienne dénommée « Generali Assicurazioni SpA » de quelque[s] *74 millions d'euros ;*

Considérant que suivant le formulaire modèle 506a dûment rempli, la réclamante a réalisé une plus-value sur options d'un montant de 1.918.165 euros au cours de l'année d'imposition 2009 ;

Considérant qu'en guise de motivation, la réclamante fait valoir que la plus-value n'est pas en relation avec la cession d'options, mais qu'elle concerne des actions Generali ;

Considérant que la réclamante demande encore de prendre en compte des déclarations rectificatives pour l'année 2009 ;

Considérant qu'en date du 18 février 2011, le bureau d'imposition a notifié une mesure d'instruction à la réclamante destinée à recueillir des informations sur la cession

des options, notamment des explications et pièces prouvant que les conditions de l'article 166 L.I.R. sont remplies ;

Considérant que dans sa réponse du 7 avril 2011, la réclamante expose que « Les plus-values en question ont été réalisées entre février et avril 2009 dans le cadre de l'acquisition, puis de la vente par la Société, de put options sur des actions détenues dans une entité italienne, « Assicurazioni Generali S.p.A. (ci-après « Generali »), qui est une participation qualifiante pour la Société »» ; et que la réclamante demande l'exonération desdites plus-values sur base, d'une part, en raison du fait que « les Options n'ont été acquises qu'à titre de couverture de la participation qualifiante dans Generali »... « Le but de cette souscription d'Options était donc pour la Société de couvrir une éventuelle baisse de valeur de sa participation dans Generali. Par conséquent, tout gain en relation avec ces Options devrait être considéré comme un corollaire à la participation » et, d'autre part, en raison du « principe de la prééminence de la réalité économique tel que posé par le § 11 de la Steueranpassungsgesetz » ;

Considérant qu'en date du 13 mai 2011, le bureau d'imposition a notifié un projet d'imposition à la réclamante lui refusant l'exonération de la plus-value litigieuse ;

Considérant que dans sa prise de position du 31 mai 2011 par rapport au projet d'imposition, la requérante soutient la nouvelle allégation qu'elle aurait cédé en fait des actions de la participation italienne et non des options ;

Considérant que bien que la réclamante a versé une confirmation d'une banque lui attestant l'acquisition et la vente d'actions suite à l'exercice d'options put, il ne ressort pas clairement de cette confirmation, ainsi que du tableau fourni en guise de motivation que la réclamante a acquis et vendu des actions ou des options ;

Considérant en outre qu'il n'est pas clair pourquoi les erreurs dans les déclarations fiscales initiales quant à la présentation des opérations de cession n'ont été constatées qu'après l'émission du projet d'imposition ;

Considérant ensuite que même si la requérante a produit des déclarations fiscales rectificatives, ainsi qu'un modèle 506a rectifié pour la participation « Generali Assicurazioni SpA » en cours d'instance, il n'en reste pas moins qu'elle a affirmé dans sa lettre du 7 avril 2011 que la plus-value litigieuse a été réalisée dans le cadre de l'acquisition et de la vente de put options sur des actions détenues dans la participation italienne, ceci en contradiction avec son allégation du 31 mai 2011 qu'il s'agirait d'une cession d'actions ;

Considérant qu'en ce qui concerne les exonérations de plus-values de cession provenant d'une participation, le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R. dispose que lorsqu'une société de capitaux résidente pleinement imposable cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société anonyme résidente pleinement imposable, le revenu dégagé par la cession est exonéré, lorsqu'à la date de l'aliénation des titres le

cédant détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période, le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 euros ;

qu'une plus-value est dès lors exonérée, s'il y a eu une cession de titres d'une participation directe dans le capital d'une société éligible ;

Considérant qu'un « put » représente une option de vente par l'intermédiaire d'un contrat permettant au souscripteur de l'option/du put de vendre un titre ou un autre élément de l'actif à un prix déterminé à l'avance ;

Considérant encore que la réclamante renvoie à un arrêt de la Cour administrative du 26 juin 2008 (n 24061C du rôle) retenant entre autres qu'« il convient de rappeler que la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de l'apparence juridique, à rechercher et à analyser la réalité économique recouvertes par lesdites formes juridiques. » ;

Considérant que la réclamante est restée en défaut de produire une pièce, i.e. un contrat d'option en relation avec ces achats et ventes de put options, permettant d'établir éventuellement le transfert de la propriété économique des parts au profit de la réclamante ou une pièce à l'appui concluante montrant l'acquisition et la vente d'actions ;

Considérant que la réclamante n'a pas établi à suffisance que la plus-value est en relation directe avec des actions de la participation « Generali Assicurazioni SpA » ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que c'est à bon droit que le bureau d'imposition n'a pas exonéré le montant de 1.918.165 euros ;

Considérant que la réclamante conteste l'établissement séparé de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010 et demande la prise en compte d'une « valeur unitaire rectificative » ;

Considérant que la valeur totale d'une entreprise commerciale est obtenue par la somme de toutes les valeurs individuelles des biens susceptibles d'évaluation diminuée par les dettes et les provisions de l'entreprise (paragraphes 62 et 66 de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs) ;

Considérant qu'il ressort de l'analyse du dossier fiscal que le bureau d'imposition a admis la valeur unitaire au 1er janvier 2010 déclarée et établie par la réclamante ;

Considérant que la réclamante demande, d'une part, l'exonération en vertu du paragraphe 60 alinéa 3 BewG pour une participation dans une société à responsabilité limitée luxembourgeoise détenue par le biais d'une société établie à Guernsey et, d'autre

part, l'application de la convention contre les doubles impositions conclue entre l'Italie et le Luxembourg au profit des immeubles détenus par l'intermédiaire d'un fonds italien dénommé « Private Real Estate » ;

Considérant qu'en guise de motivation, la réclamante expose qu'après « analyse de ces investissements, il apparaît toutefois que ceux-ci devraient être considérés comme tranSpArents d'un point de vue fiscal luxembourgeois » ; et fournit des détails quant à ses demandes de modifications sur deux pages ;

Considérant qu'en ce qui concerne la participation dans le dénommé fonds italien, la réclamante a déjà réclamé contre le bulletin de l'établissement séparé de la valeur unitaire au 1er janvier 2009 vidée par la décision directoriale C 16630 ;

que ladite réclamation a porté sur le fait que la participation dans « Private Real Estate » a erronément bénéficié de l'application du paragraphe 60 BewG ;

qu'à l'époque de cette réclamation, la réclamante a remis un état rectificatif de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2009 en renonçant à l'exonération de cette participation en vertu des dispositions du paragraphe 60 BewG ;

qu'après l'émission du bulletin de l'établissement de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation au 1er janvier 2010, la réclamante « reconsidère » donc sa position en matière d'imposition du dénommé fonds italien pour une troisième fois ;

Considérant que la réclamante demande encore l'application du paragraphe 60 (3) BewG pour une participation détenue dans le capital d'une société à responsabilité limitée par l'intermédiaire d'une société dénommée « Colony Smeralda Co Investments Partner LP » avec siège social à Guernsey;

qu'elle détient encore une participation dans une société dénommée Colony Distressed Credit Fund Feeder B, L.P. » avec siège social aux Iles Caïmans ;

Considérant que même s'il apparaît que les deux sociétés sont des sociétés dites « tranSpArentes » comme l'allègue la réclamante, il n'en reste pas moins qu'elles sont domiciliées dans des territoires de faible fiscalité ;

Considérant qu'il n'est pas clair pourquoi la réclamante, à l'époque de l'introduction de l'établissement de ses déclarations fiscales, n'a pas approfondi son analyse de toutes ses immobilisations financières afin de présenter une déclaration claire et contenant tous les éléments et détails nécessaires, y compris un état de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation permettant l'établissement correct et définitif des bases d'imposition ;

Considérant que la requérante a été soumise aux obligations de la tenue d'une comptabilité régulière au sens de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des

entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, des articles 8 à 11 du Code de Commerce et du § 160 (1) de la loi générale des impôts (AO) ;

qu'une comptabilité est régulière au fond lorsque toutes les opérations et le patrimoine de l'entreprise sont enregistrés d'une façon complète et exacte ;

Considérant que la réclamante n'a pas fourni des moyens concluants expliquant les différentes erreurs quant à la présentation, d'une part, des revenus et, d'autre part, des éléments de fortune ;

qu'un gestionnaire même moyennement diligent et consciencieux, tendant à assurer la rentabilité d'une exploitation commerciale, n'investirait pas dans une immobilisation financière dont il ignore au moment de l'acquisition dans quelle mesure celle-ci s'inscrit dans la structure de son entreprise ;

qu'ainsi, dès le moment du transfert d'un élément de fortune dans le patrimoine de la réclamante, comme par exemple de la participation « Private Real Estate », son attribution comme immobilisation financière ou autre bien à la fortune d'exploitation devrait être tranché de manière définitive ;

qu'il n'est pas clair pourquoi des éléments et informations supplémentaires « sur mesure » étoffent le dossier fiscal de la réclamante d'une manière régulière ;

Considérant que les simulations et abus de droit doivent rester sans effet sur l'imposition (§§ 5 et 6 de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG)) ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il peut être conclu à un abus de droit résultant du fait que la réclamante entend diminuer sa fortune d'exploitation, d'une part, en utilisant des sociétés de juridictions considérées comme des juridictions de faible imposition afin de bénéficier de l'exonération d'éléments de fortune et, d'autre part, en produisant endéans 12 mois à plusieurs reprises de nouveaux éléments dans le cadre de l'imposition d'une participation italienne afin d'obtenir à chaque fois le traitement fiscal y relatif qui convient le mieux ;

Considérant que les allégations de la réclamante sont contradictoires tant pour ses réclamations en matière d'impôt sur le revenu qu'en matière d'évaluation des biens et valeurs et que la « valeur unitaire rectifiée » soumise à l'examen du directeur des contributions est dès lors rejetée ; (…) ».

Par requête déposée le 8 octobre 2012 au greffe du tribunal administratif, la société B&D Finance a fait introduire un recours tendant à la réformation de la décision précitée du directeur du 6 juillet 2012.

Dans le cadre de sa requête introductive d’instance, la société B&D Finance a explicitement limitée son recours au volet de la décision directoriale précité ayant refusé d’exonérer de l’impôt la plus-value d’un montant de 1.918.165 euros se rapportant à la

vente de titres de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA et elle a expressément renoncé à attaquer devant le tribunal administratif le volet de la décision directorial précitée ayant trait au montant de l'impôt sur la fortune.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « AO », et de l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif est appelé à statuer comme juge du fond sur un recours introduit contre une décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation contre des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de l'établissement de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation. Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours en réformation, qui est par ailleurs recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

A l'appui de son recours, la société B&D Finance fait valoir en substance que la plus-value qu'elle a réalisée devrait être exonérée de l'impôt en vertu de l'article 166 LIR étant donné qu'elle proviendrait de la vente d'actions détenues dans le capital de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA et non point de la vente de droits d'option.

En droit, elle affirme que les revenus dégagés par la cession des titres d'une participation ne seraient exonérés de l'impôt uniquement si plusieurs conditions seraient réunies, conformément à l'article 1er du règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. Ainsi, premièrement, la participation devrait être détenue par l'une des entités énumérées à l'article 166, alinéa 1 ^er^ LIR, deuxièmement, l'exonération s'appliquerait aux revenus provenant d'une participation détenue directement dans le capital social d'un organisme énuméré à l'article 166, alinéa 2 LIR, troisièmement, à la date de l'aliénation des titres, le cédant devrait détenir ou s'engager à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et, enfin, quatrièmement, pendant la période de douze mois, le taux de participation ne devrait pas descendre au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 euros.

La société demanderesse soutient qu'en l'espèce, seule la deuxième condition poserait problème. Ainsi, l'administration des Contributions directes contesterait que la plus-value d'un montant de 1.918.165 euros proviendrait de la vente *d'actions* faisant partie de sa participation dans le capital de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA. Les autres conditions seraient incontestablement remplies Ainsi, elle serait une société anonyme de droit luxembourgeois (1re condition) et elle détiendrait depuis 2007 (3e condition), une participation d'un montant de 73.947.135 euros (4e condition) dans la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA.

Elle estime que les pièces qu'elle a versées à l'appui de sa réclamation et de son recours démontreraient que la participation qu'elle détiendrait dans la société de droit

italien Generali Assicurazioni SpA satisferait également à la deuxième condition. Ainsi, l'extrait de son compte titre A10276900 auprès de la banque BSI relaterait les mouvements qui se seraient déroulés sur ce compte entre le 1er juillet 2008 et le 26 mai 2011 et les acquisitions et cessions de titres, sur lesquelles elle aurait réalisé une plus-value, seraient toutes détaillées sur les extraits de banque de la BSI. D'ailleurs, les extraits de banque mentionneraient encore le numéro 566030 qui représenterait le numéro d'identification suisse des actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA. Ce numéro serait l'équivalent suisse du « *International Securities Identification Number* » (ISIN).

La société demanderesse estime ainsi avoir rapporté la preuve de l'acquisition respectivement de la revente par elle-même, pendant les mois de février à avril 2009, de 1.315.000 *actions* de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA. Ces actions auraient été acquises et vendues par l'exercice de divers droits d'option, mais ne s'identifieraient ni juridiquement ni économiquement auxdites options.

La demanderesse soutient encore que le fait qu'elle aurait d'abord, et notamment dans sa déclaration fiscale, présenté l'opération comme ayant simplement porté sur l'achat et la revente de droits d'option ne pourrait pas porter à conséquence étant donné que les lois fiscales en tant que normes juridiques d'ordre public devraient être appliquées par l'administration, et le juge de l'impôt d'une manière conforme à la réalité objective, quelle que soit la qualification d'abord adoptée, et le cas échéant, à tort, par le contribuable. L'attitude de l'administration des Contributions directes consistant à rappeler constamment que la société B&D Finance aurait elle-même initialement qualifié d'opération sur options les opérations litigieuses, ne correspondrait pas aux normes juridiques applicables. En effet, il ne serait jamais suffisant d'opposer au contribuable le contenu de sa déclaration fiscale, si le contribuable démontrerait par la suite que le contenu de la déclaration devrait être requalifié.

La société demanderesse conclut, qu'au vu des pièces qu'elle aurait versées en cause, il appartiendrait à l'administration fiscale de formuler avec précision des critiques et, qu'à moins qu'elle veuille prétendre que les documents bancaires versés soient des faux, elle devrait accepter leur contenu, indépendamment des erreurs de qualification commises dans un premier temps.

Le délégué du gouvernement conteste que la société demanderesse ait réalisé une plus-value exonérée suite à la cession d'actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, dans laquelle elle détiendrait une participation importante de l'ordre de 74.000.000 euros. Ainsi, conformément aux articles 166 LIR et 1er du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 LIR, la demanderesse ne pourrait bénéficier de l'exonération prévue à l'article 166 LIR que si elle établissait qu'il y aurait eu cession de titres d'une participation directe dans le capital de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA. D'après la doctrine, la participation directe dans le capital social devrait exister réellement pour l'application du régime des sociétés mère et filiale, de sorte qu'une société disposant d'une option ferme

d'achat répondant aux normes du marché ne serait pas encore propriétaire, même dans l'hypothèse où le détenteur antérieur aurait déposé ses titres en sûreté auprès d'un tiers.

Le délégué du gouvernement estime encore que la demanderesse n'aurait pas rapporté la preuve des faits sous-jacents à la qualification d'opérations sur actions accomplies de février à avril 2009. Quant à la déclaration d'impôt rectifiée déposée par la société demanderesse, le délégué du gouvernement se réfère à un jugement du tribunal administratif du 5 janvier 2009, inscrit sous le numéro 23937b du rôle en affirmant qu'en cas de contestations émises par l'administration des Contributions sur la déclaration faite par le contribuable, celui-ci serait légalement tenu de faire parvenir à l'administration des Contributions les renseignements et explications demandés, étant donné que la charge de la preuve de l'exactitude des déclarations faites pèserait désormais sur lui.

Le délégué du gouvernement soutient qu'aucun des documents fournis par la société demanderesse, que ce soit la confirmation de la banque suisse BSI établie en date du 6 juillet 2011, le tableau des opérations y annexé ou encore les extraits de compte titres de la demanderesse auprès de ladite banque ou les copies d'extraits de banque adressés à la demanderesse, ne permettrait d'établir, à suffisance de droit, un transfert de la propriété juridique, voire économique d'actions dans le chef de la demanderesse.

Le représentant étatique affirme que si la société demanderesse prétend que la terminologie « *vendito per esercizio put* » viserait l'opération par laquelle elle aurait vendu ses actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA sur base d'un contrat *put*, elle resterait néanmoins en défaut de verser le contrat en question mettant ainsi l'administration fiscale dans l'impossibilité de vérifier la réalité de ces affirmations et d'apprécier la nature exacte des opérations litigieuses. Le directeur aurait partant retenu à juste titre qu'il ne ressortirait pas clairement de cette confirmation, ainsi que du tableau fourni en guise de motivation que la demanderesse aurait acquis et vendu des actions ou des options.

Le délégué du gouvernement signale encore que les diverses opérations d'acquisition et de vente se seraient enchainées rapidement et parfois au cours de la même journée. Certaines opérations d'acquisition auraient même été réalisées après l'accomplissement des opérations de revente. Il ne serait dès lors pas clair comment la demanderesse aurait valablement pu transférer la propriété des actions en question et il y aurait lieu d'admettre que les opérations litigieuses auraient, en réalité, été réalisées sur des produits dérivés, tel qu'initialement admis par la demanderesse, et ceci indépendamment de toute participation directe dans la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA.

Le délégué du gouvernement conclut que la demanderesse n'aurait fourni aucun élément probant permettant de justifier une requalification des opérations litigieuses et l'exonération des plus-values réalisées sur base de l'article 166 LIR.

Quant à la question du transfert de propriété des actions, alors que certaines opérations d'acquisition auraient été réalisées après l'accomplissement des opérations de

revente, la société demanderesse explique qu'elle aurait détenu et détiendrait toujours bien plus d'actions dans la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA que celles sur lesquelles auraient porté les options de vente qu'elle aurait placées en bourse.

Elle explique encore que lorsqu'il se serait avéré qu'il y aurait eu de sa part exercice d'un trop grand nombre d'options de vente, auxquelles elle aurait évidemment pu satisfaire, détenant un nombre d'actions encore plus important en portefeuille, il aurait été décidé d'acheter purement et simplement 350.000 actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA. D'ailleurs, cette acquisition du 21 avril 2009 serait la seule à être désignée, sur l'avis d'opéré de la banque suisse BSI, comme étant une acquisition *(acquisto)* et non une acquisition par attribution d'actions faisant l'objet d'une option *put (acquisto per assegnazione put).* Ainsi, les opérations ont été rééquilibrées *ex post.*

Enfin, le fait qu'elle ne serait pas en mesure de verser un ou plusieurs contrats écrits d'options *put* sur les actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA ne pourrait pas porter à conséquence. L'absence de contrats écrits serait caractéristique du monde commercial, qui possèderait d'autres moyens de preuve. Ainsi, en l'espèce, la comptabilisation des opérations par la banque suisse BSI serait suffisamment probante.

A titre très subsidiaire la demanderesse présente une offre de preuve par expertise des pièces bancaires versées en cause par ses soins.

Dès lors, les parties sont en désaccord en substance sur la question de savoir si la plus-value réalisée par la société B&D Finance entre le 10 février 2009 et le 20 avril 2009 peut bénéficier de l'exonération prévue à l'article 166 LIR. Plus précisément, les parties sont en désaccord sur la nature des transactions sur titres de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA effectuées par la société B&D Finance entre le 10 février 2009 et le 20 avril 2009 et sur le traitement fiscal de la plus-value réalisée lors desdites transactions. Ainsi, la société demanderesse affirme que ces transactions auraient consisté en l'acquisition, respectivement, la vente d'actions détenues dans le capital de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, suite à l'exercice par des tiers, respectivement par elle-même d'options de vente, appelées encore *put*. Elle conclut que la plus-value réalisée par ces achats et ventes d'actions aurait été générée en raison d'une participation directe dans la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, de sorte qu'elle devrait être exonérée de l'impôt conformément à l'article 166 LIR. En revanche, la partie étatique estime que les transactions effectuées par la société B&D Finance et ayant généré une plus value auraient consisté en l'achat et la vente d'options de vente ou *put*, de sorte que la plus-value n'aurait pas été générée par une participation directe dans la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, et ne devrait ainsi pas être exonérée de l'impôt.

A titre liminaire, il convient au tribunal de constater, quant au reproche de la partie étatique à l'égard de la demanderesse d'avoir initialement qualifiée la plus-value de plus-value réalisée sur la vente de droits d'options pour ensuite la requalifier en plus-value réalisée sur la vente d'actions réalisée suite à l'exercice de droits d'options, que ce

moyen est à rejeter étant donné que le tribunal n'est pas tenu par la qualification choisie par les parties. En effet, la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour qualifier une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de l'apparence juridique, de rechercher et d'analyser la réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques. En effet, il est de principe en droit fiscal que les faits et les actes juridiques doivent être interprétés et appréciés d'après des critères économiques.

Au vœu de l'article 166 paragraphes (1) et (2) LIR, les revenus d'une participation dans le capital d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités détenue directement par une société anonyme résidente pleinement imposable sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités, lorsqu'à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros.

Le règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, désigné ci-après par « le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 », dispose en son article 1er (1) : « *Lorsqu'un contribuable visé à l'article 166, alinéa 1er, numéros 1 à 5, cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société visée à l'alinéa 2, numéros 1 à 3 du même article, le revenu dégagé par la cession est exonéré, lorsqu'à la date de l'aliénation des titres le cédant détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période, le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 euros.* (…) ».

Dès lors, l'exonération prévue à l'article 166 LIR ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse d'une participation directe détenue dans le capital d'une autre société[1]. Par ailleurs, à défaut de définition précise de la notion de « *détention* » prévue par l'article 166 LIR, il y a lieu de se référer à la disposition générale du § 11 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, communément désignée « *Steueranpassungsgesetz* », en abrégé « *StAnpG* », concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens, qui dispose sous ses points 3. et 4. que des « *Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet* » et que des « *Wirtschaftsgüter, die jemand in Eigenbesitz hat, werden dem Eigenbesitzer zugerechnet. Eigenbesizter ist, wer ein Wirtschaftsgut als ihm gehörig besitzt* ».

En l'espèce, la demanderesse verse en cause des extraits bancaires dressés par la banque suisse BSI, qui a enregistré dans ses livres les transactions réalisées par la société B&D Finance entre le 10 février 2009 et le 20 mars 2009. Il ressort desdits extraits bancaires que la société B&D Finance a effectué entre le 10 février 2009 et le 20 mars

[1] Cour adm. 26 juin 2008, n° 24061 du rôle, Pas. adm. 2012, V° Impôts, n°47, et autres références y citées.

2009, concernant des titres de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, des « *acquisto per assegnazione put* », respectivement des « *vendita per esercizio put* », notions signifiant, selon la traduction libre des extraits bancaires versée en cause par la demanderesse et non contestée par la partie étatique « *achat par assignation put* », respectivement « *vente par exercice put* ».

A cet égard il échet à titre liminaire de préciser que l'achat d'une option de vendre ou *put* confère le droit de vendre l'actif sous-jacent à l'option de vendre, en l'occurrence des actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, à un prix déterminé et pendant une période déterminée. Le vendeur de l'option de vendre se voit obligé d'acheter l'actif sous-jacent à l'option de vendre, en l'occurrence des actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, dès que l'acheteur de l'option de vendre l'assigne. Autrement dit, la vente d'une option de vendre ou *put* correspond à l'obligation d'acheter l'actif-sous-jacent à l'option de vendre, en l'occurrence des actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, dès lors que le vendeur de l'option est assigné par l'acheteur de l'option, c'est-à-dire, dès lors que l'acheteur exerce son droit de vendre.

En l'espèce, le tribunal est amené à constater au vu des extraits bancaires précités, versés en cause, que la demanderesse, a, d'une part, en sa qualité de vendeur d'options de vendre ou *put* des actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, été assignée à acheter, suite à l'exercice par des tiers de leurs droits d'options de vente ou *put* entre le 10 février 2009 et le 20 mars 2009, un nombre total de 965.000 actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA correspondant à un montant total de 16.422.500 euros. Il ressort, d'autre part, des extraits bancaires qu'entre le 11 février 2009 et le 17 avril 2009, la demanderesse a, en sa qualité d'acheteur d'options de vendre ou *put*, exercé son droit de vendre et ainsi assigné des tiers à acheter un nombre total de 1.315.000 actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA, correspondant à un montant total de 23.576.000 euros.

Il ressort encore de l'extrait bancaire dressé par la banque suisse BSI et référencé sous le numéro AA3295948/AA6065309 qu'en date du 20 avril 2009 la société B&D Finance a effectué un « *acquisto* », notion signifiant, selon la traduction libre de l'extrait bancaire versée en cause par la demanderesse et non contestée par la partie étatique, « *achat* », de 350.000 actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA au prix total de 5.235.335 euros.

Il suit des considérations qui précèdent que les transactions effectuées par la société B&D Finance entre le 10 février 2009 et le 20 avril 2009 ont consisté en l'achat, d'un nombre total de 1.315.000 actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA pour un montant total de 21.657.835 euros, respectivement la vente d'actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA d'un nombre total de 1.315.000 actions pour un montant total de 23.576.000, notamment suite à l'exercice d'options de vente d'un côté par elle-même et de l'autre côté par des tiers.

Dès lors, le tribunal est amené à constater que la plus-value dont la société B&D Finance sollicite l'exonération de l'impôt conformément à l'article 166 LIR a été réalisée par l'achat et la vente d'actions suite à l'exercice d'options de vendre et non point par l'achat et la vente d'options de vendre ou *put*. Par conséquent, ladite plus-value constitue un revenu issu de la cession de titres d'une participation directe détenu dans le capital social d'une société au sens de l'article 166 LIR et de l'article 1er (1) du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001.

Contrairement aux affirmations de la partie étatique, la conclusion qui précède n'est pas énervée par le fait que la société demanderesse n'ait pas soumis au tribunal des contrats à la base des différentes opérations d'achat et de vente, translatives de propriété, effectuées entre le 10 février 2009 et le 20 avril 2009, étant donné que la réalité ainsi que la nature desdites opérations d'achat et de vente ressortent à suffisance des extraits bancaires versés en cause, d'ailleurs non autrement contestés par la partie étatique.

Par conséquent, la décision directoriale déférée encourt la réformation en ce sens que la plus-value d'un montant de 1.918.165 euros réalisée par la société B&D Finance entre le 10 février 2009 et le 20 avril 2009 à travers l'achat et la vente d'actions de la société de droit italien Generali Assicurazioni SpA est exonérée de l'impôt en application de l'article 166 LIR.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

donne acte à la société anonyme B&D Finance S.A. qu'elle limite la portée du recours en réformation au volet de la décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 6 juillet 2012, ayant porté refus d'exonérer de l'impôt la plus-value d'un montant de 1.918.165 euros réalisée en 2009 ;

reçoit le recours en réformation en la forme ;

au fond, le déclare justifié, partant par réformation de la décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 6 juillet 2012, répertoriée sous le numéro C 17028 du rôle, dit que la plus-value d'un montant de 1.918.165 euros réalisée par la société B&D Finance en 2009 est exonérée de l'impôt en application de l'article 166 LIR ;

renvoie le dossier en prosécution de cause au directeur de l'administration des Contributions directes ;

condamne l'Etat aux frais.

Ainsi jugé par :

Françoise Eberhard, vice président,
Paul Nourissier, juge,
Olivier Poos, attaché de justice,

et lu à l'audience publique du 21 novembre 2013 par le vice-président, en présence du greffier Monique Thill.

s. Monique Thill s. Françoise Eberhard

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 21 novembre 2013
Le greffier du tribunal administratif